# نظرية العقد والكفالة

بسم الله الرحمن الرحيم

رب اشرح لي صدري ويسّر لي أمري

ربنا هب لنا من لدنك رحمة وهيء لنا من أمرنا رشدا.

اللهم إني أسألك علماً نافعاً ورزقاً واسعاً وقلباً خاشعاً وشفاء من كل داء.

# نظرية العقد

بدأ الفقه الإسلامي بالجزئيات لحل مشاكل المجتمع الإسلامي، وانتهى الأمر بالنظريات، ويشارك القانون الانجليزي الفقه الإسلامي في نقطة البداية، وفي هذا يختلف عن القوانين اللاتينية.

## معنى العقد

لغة: الربط والشد والتقوية، وسمي العهد والميثاق عقداً بهذا لأن فيه تقوية لما تضمنه، وعزماً أكيداً على التقيد به.

**العقد شرعاً:** (تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل).

إذن عناصر العقد:

١- العاقدان.

٢- الرضا.

٣- تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً (اتصال الإيجاب بالقبول).

٤- ظهور أثر ارتباط القبول بالإيجاب في المحل. فالمبيع يصبح مملوكا للمشتري.

## التصرف الشرعي

كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل يرتب عليه الشارع أثراً أو حكماً معيناً.

**والتصرف قسمان:**

**فعلي:** كالقتل الذي يرتب عليه الشارع القصاص أو الدية والكفارة.

**وقولي:** كالبيع الذي يرتب عليه الشارع انتقال الملكية، والطلاق الذي يرتب عليه الشارع زوال العصمة.

ويختلف العقد عن التصرف الشرعي:

١- بأن العقد قولي والتصرف: فعل وقول.

٢- والعقد إرادتان والتصرف إرادة أو اثنتان.

## أركان العقد

**الركن:** ما توقف عليه وجود الشيء سواء كان جزءاً من حقيقته أم كان خارجاً عنه، وقد قصر الحنفية الركن على ما كان داخلاً في الماهية.

أركان العقد:

١- **عند الحنفية:** الصيغة (الإيجاب والقبول).

٢- **عند الجمهور:** الصيغة، العاقدان، المحل (موضوع التعاقد)

# صيغة العقد

**الرضا:** أساس التعاقد في الفقه الإسلامي، وهو سبب القوة الملزمة للعقد، فإذا فقد الرضا غابت القوة الملزمة للعقد وبط مفعوله.

**والرضا:** أمر خفي، فاقيمت الصيغة علامة عليه.

# الإيجاب والقبول

**الإيجاب:** ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين.

**القبول:** ما يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر.

# التعاقد بالألفاظ

لا خلاف بين الفقهاء في جواز التعاقد بالألفاظ لأنها الأصل في التعبير عن الإرادة وإظهار الرغبة . ولا يقوم غيرها مقامها في حالة الضرورة.

والقاعدة المقررة أن (الأمور بمقاصدها) (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

ولذا فالعقد ينعقد بكل لفظ يدل عليه صراحة أو كناية، ولا يتقيد العقد بلفظ معين.

وقد استثنى (الشافعية والحنابلة) العقود التي يشترط فيها الإشهاد كالزواج فاشترطوا لها الألفاظ التي تدل عليها صرا وليست كناية، فلا ينعقد إلا بلفظ (الزواج والنكاح)، وقد خالف (الحنفية والمالكية) فأجازوها صراحة وكناية.

# الصيغـــــة

## أ- بالألفاظ:

١-**الماضي:** وهذا هو الأصل.

٢-**المضارع:** لا ينعقد العقد بصيغة المضارع إلا إذا صاحبتها قرينة.

٣-**الاستفهام:** لا ينعقد العقد بصيغة الاستفهام.

٤-**الأمر:** اختلف الفقهاء في انعقاد العقد بها، فمنهم من يراها صالحة لينعقد بها، ومنهم لم يرها صالحة.

## ب- التعاقد (بالكتابة)

**التعاقد بالكتابة جائز** سواء كان العاقدان غائبين أو حاضرين، هذا في كل العقود عدا العقود التي تحتاج إلى إشهاد كالنكا أما عقد النكاح فلا ينعقد إلا بالألفاظ حتى يسمع الشهود ما يشهدون به.

ولم يجز بعض الشافعية التعاقد بالألفاظ مادام العاقد ناطقاً.

## جـ- التعاقد بالإشارة:

يرى جمهور الفقهاء أن التعاقد بالإشارة لا يجوز للقادر على النطق أو الكتابة، أما العاجز عن النطق والكتابة (كالأخر الأمي) فيجوز .

أما المالكية: فاجازوا التعاقد بالإشارة للقادر على النطق.

## د- التعـــاقـــد بالأفعـــال (المعاطاة -التعاطي) المعاطاة

جائزة عند جمهور الفقهاء بشروط. وخالف الشافعية وبعض الفقهاء: فلم يجيزوه .

الشروط:

١- وقوع التعاطي من الجانبين.

٢- أن يتضمن التعاطي الرضا.

٣- أن يكون محل العقد من الأشياء الرخيصة كالخبز والحجارة دون الذهب والأرض، وهذا شرط الحنفية وبعض الشافعية. وخالفهم المالكية فأجازوه بالرخيصة والثمينة.

## شروط الصيغة (الإيجاب والقبول)

١- توافق الإيجاب والقبول.

٢- اتصال الإيجاب بالقبول.

٣- بقاء الإيجاب قائماً حتى يصدر القبول.

### ١-توافق الايجاب والقبول:-

يجب أن يكون القبول موافقاً للايجاب في كل جزئياته، سواء كانت هذه الموافقة صريحة أو ضمنية.

**صريحة:** بعتك هذا القلم بعشرين، فيقول الآخر: قبلته بعشرين.

**ضمنية:** بعتك هذا القلم بعشرين، فيقول الآخر: قبلته بثلاثين.

### ٢- اتصال الإيجاب بالقبول:

**قال الجمهور:** الاتصال أن يكون القبول في مجلس الإيجاب دون اعراض بعد الإيجاب.

**قال الشافعية:** الاتصال أن يكون القبول بعد الإيجاب مباشرة.

### ٣-بقاء الإيجاب قائما حتى يصدر القبول:

أي أن لا يسقط الإيجاب قبل القبول. ويسقط الإيجاب بأسباب خمسة:

**١-رجوع الموجب عن إيجابه:** إذ للموجب الحق أن يرجع عن إيجابه. إلا المالكية الذين يلزمون الموجب بإيجابه **ولا يجيزون له** الرجوع.

**٢-موت المتعاقد أو فقده لأهلية التعاقد (بالحجر أو الجنون) :** سواء كان الميت هو الموجب الذي وجه إليه الإيجاب **(لأن حق** القبول أو خيار القبول لا يورث عنه، إذ الحقوق لا تورث، وهذا رأي جمهور الفقهاء)[١].

٣-رفض الإيجاب.

٤-انقضاء مجلس العقد.

٥-هلاك محل التعاقد كلياً أو جزئياً.

## موافقة عبارة العقد للإرادة[٢]

الرضا هو أساس العقود بدليل **(إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)**.

والحديث **(إنما البيع عن تراض)** [٣]

وقد أقام الشارع العبارة دليلاً على الرضا.

فإذا اختلفت الأراء الباطنة مع العبارة الظاهرة فالعبرة لأيهما؟

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/٧. (٢) المدخل الفقهي صـ ٢٥٦. (٣) رواه ابن ماجة عن أبي سعيد/ صحيح الجامع ٢٣١٩

١-قال الشافعية: العبرة للعبارة الظاهرة، كالهازل.

٢-قال المالكية والحنبلية وجمهور الحنفية: العبرة للإرادة الباطنة.

فالعبارة لا تدل على الإرادة إلا مع شروطها:-

١-أن يعقد العاقد النطق بالعبارة: فالمجنون والناسي والسكران والنائم ليس لهم قصد.

٢-أن يعرف العاقد معنى العبارة: فإذا نطق بعبارة لا يفهم معناها فلا عبرة.

٣-أن يقصد العاقد استعمالها في المعنى المطلوب: فإن نطق بها للتعليم أو الحكاية فلا عبرة.

٤-أن يقصد العاقد إنشاء العقد الذي تنشئه العبارة والالتزام به: فلا عبرة بالهازل والمكره.

٥-أن يكون قصده موافقاً لقصد الشارع: فمثلاً عقد الهبة إذا كان المقصود منه التخلص من الحول ثم استرداد المال مرور الحول فهذا مخالفة لإرادة الشارع. فالهبة لتطهير النفس من البخل، وهذا العقد ليكرس البخل.

# أولاً: توفر القصد لدى الناطق بالعبارة

١- اتفق الفقهاء على بطلان عبارة النائم والمغمى عليه والمجنون والصبي غير المميز.

٢-السكران: الجمهور :يرى ترتب الالتزامات على عبارة السكران.

والحنبيلة: يخالفون ويعتبرونها لاغية.

وبعض الفقهاء يفرقون بين السكر بمحرم، فيعتبرون عقود السكران عقوبة له، وبين السكر بغير محرم فيلغون عقوده.

والأصح أن عقود السكران لاغية، لأن إهدار عبارته قد يكون عقوبة له. والسكر جريمة حدد الشارع عقوبتها، والحكم بصحة عبارته والالتزام بعقوده يعتبر عقوبة زائدة دون نص شرعي فلا تجوز.

## ١- المخطئ والناسي

لا عبرة بعبارة المخطئ والناسي لقوله تعالى: (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم). والحديث (عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[1].

وخالف الأحناف فقالوا: بوجوب الاعتداد بعبارة الناسي والمخطئ، وذلك من أجل استقرار التعامل، وبثاً للثقة بين المتعاقدين.

## ٢-تلفظ العاقد بعبارة لا يعرف معناها

إذا تلفظ الفارسي بلفظ الطلاق أو النكاح دون أن يعرف معناها فلا عبرة به عند جمهور الفقهاء لا ديانة ولا قضاء.

وقال بعض الأحناف بانعقادها. والصحيح المفتى به عند الحنفية أنها لا تقع ديانة -فتوى-، ولكن تقع قضاء عند بعضهم.

## ٣- قصد العبارة دون قصد المعنى

ففي التعليم والحكاية لو قال طلقتك أو بعتك فقال آخر قبلت: لا يقع هذا العقد.

## ٤- عدم قصد إنشاء العقد

وذلك كالهازل والمكره.

أ- الهازل:

يقع هزله في العقود الخمسة: الزواج والطلاق والعتاق واليمين والرجعة لقوله ﷺ (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: الزواج والعا

(١) صحيح رواه الطبراني ٣٥٠٦ صحيح الجامع.

والعتاق)[١] وفي بعض الروايات ذكر اليمين والرجعة.

هذه العقود الخمسة يغلب عليها الجانب الديني، وفيها حق لله تعالى فلا يمنع من انعقادها الهزل. إلا على رأي ضعيف بعدم اعتبار *الهزل* في الخمسة أما بقية العقود فالهزل لا ينشئها.

**أما الشافعية:** فيرون إعتبار عبارة الهازل في جميع العقود، لأن ترتب المسببات على الأسباب بعد وجودها من صنع الله وفعله، ولا دخل في ذلك لإرادة المكلف، والهازل قد أتى بالسبب، فيترتب عليه المسبب (العقد).

ومن هذا القبيل (بيع التلجئة) إظهار البيع الصوري للخلاص من ظالم أو من الضرائب، ومنه إعلان مهر زيادة عن المتفق عليه، ومنه إعلان ثمن زيادة عن ثمن البيع للتخلص من ملاحقة الشفيع.

**فهذه الصور جميعاً يجريها الشافعية على ظاهرها.**

## عبارة المكره

**عقود المكره:** باطلة عند الجمهور

**أما الحنفية :** فلهم رأيان في المكره:

أ-قسم يرى أن عقوده فاسدة: يترتب عليها بعض الآثار .

ب- قسم يرى أن عقوده صحيحة موقوفة على زوال الإكراه.

**أما العقود الخمسة** (التي يكفي فيها الاختيار ولا يشترط الرضا لصحتها: الزواج، الطلاق، العتق، الرجعة ، اليمين) فهذه تقع مع الإكراه، لأن المكره مختار لعبارتها غير راض بآثارها .

**أما بقية العقود:** فالشارع يطلب (الاختيار في انعقادها والرضا في صحتها) هذا رأي الحنفية.

**أما الجمهور فلا يفرقون بين الاختيار والرضا** ،ويعتبرون هذه العقود الخمسة باطلة تحت الإكراه.

والحق أن رأي الحنفية مردود في هذا، ولو قالوا: أن العقود الخمسة تقع (فاسدة) ويكون لمن وقع عليه الإكراه أن يفسخ العقد بعد زوال الإكراه أو إجازته لكان لهذا القول وجه.

## هـ- مخالفة قصد العاقد لقصد الشارع

كبيع السلاح لقتل المسلمين، وبيع العنب لمن يعصره خمراً، والزواج للتحليل، وبيع العينة (بيع بضاعة بألف مؤجلة ثم شراؤها من نفس المشتري بثمانمائة حالة، واستئجار نائحة أو مغنية.

**الشافعية :** يميلون إلى صحة هذه العقود عملاً بالإرادة الظاهرة، لأن العقد في ظاهره لا ينطوي على شيء محرم، وهذا كان عند انعقاد العقد دون البحث عن النيات والبواعث.

**وقد وافق أبو حنيفة الشافعي** في بيع العنب لمن يعصره خمراً وفي زواج المحلل.

**أما المالكية والحنبلية:** فإنهم يحكمون ببطلان العقد إذا ثبت القصد غير المشروع والباعث المحرم

وقد وافق أبو حنيفة المالكية والحنبلية في تحريم بيع العينة.

## الإرادة المنفردة في العقد الإسلامي[٢]

**العقد:** ارتباط القبول بالإيجاب شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل .العقود بإرادة واحدة :

**أولاً: الجعالة :** من حفظ القرآن فله مائة دينار، من دخل الحصن أولاً فله سيارة، وفي السبق والرمي.

---

(١) د. ت. هـ وهو حسن.    (٢) المدخل الفقهي / حسين حامد صـ ٢٧١

**والجعالة جائزة بشروط:**

١- أن يكون الجعل محدداً.

٢- العمل معلوم.

٣- ألا يحدد للفراغ منه زمناً معين.

والجعالة جائزة غير لازمة يجوز الرجوع عنها قبل البدء بالعمل.

**ثانياً-الوقف والوصية:** ينعقد العقد بمجرد اللفظ من الواقف أو الموصي.

**ثالثاً-الهبة:** تنعقد عند بعض الفقهاء بإرادة واحدة، وعند البعض لابد من إرادتين.

**رابعاً-الكفالة:** تنعقد عند بعض الفقهاء بإرادة واحدة، وعند البعض لابد من إرادتين.

**خامساً-اليمين.**

**سادساً-الطلاق والإبراء وسائر الإسقاطات.**

# انعقاد العقد بإرادة واحدة

**١-الشافعي وزفر:** لا يجيزان العقد بعبارة واحدة ، فلو وكلك شخص ببيع سيارة،ووكلك آخر بشراء سيارة فإنه لا يجوز لك أ تتولى عقد البيع عن الطرفين عندهما.

وقد استثنى الشافعي من ذلك الجد، فله أن يزوج أحد حفيديه من الآخر، وخالفه زفر.

وذلك لأن العقد إيجاب من عاقد وقبول من آخر، وكذلك في العقد حقوق والتزامات، ففي عقد البيع يلتزم البائع بتسليم المبي والمشتري صاحب الحق في تسلم المبيع، وفيه دائن ومدين، فالشخص الواحد يكون له الحق وعليه التزام، وهذا تناقض.

**(وأما المالكية والحنبلية):** وذلك لأن حقوق العقد ترجع إلى الموكل لا إلى الوكيل فإنهم يجيزون للشخص الواحد أن يتولى العة من الطرفين بإرادة واحدة، وذلك في جميع العقود، والشرط في ذلك أن تكون له صفة في إنشاء العقد عنهما، وقد عللوا هذا الرأي ب عبارة العاقد ذي الصفتين تمثل عبارتين، فإذا تعاقد الشخص عن نفسه أصيلاً وبوصفه وكيلاً أو ولياً عن غيره كانت عبارته قائمة مة الإيجاب بوصفه أصيلاً، ومقام القبول بوصفه وكيلاً.

**أما الحنفية:**

فيجيزون العقد في الزواج بعبارة واحدة ممن له صفة لطرفي العقد. أما المعاوضات المالية فلا يجيزونها بعبارة واحدة... وذ لأن حقوق العقد في هذه الطائفة من العقود تعود على العاقد لا على الأصيل.

ويبيح الحنفية استثناء من عقود المعاوضات المالية ( بيع الأب أو وصيه أو الجد مال الصغير الذي في ولايته من نفسه أو شر لنفسه، وكذا بيع الأب مال أحد ولديه الصغيرين من الآخر).

# محل العقد

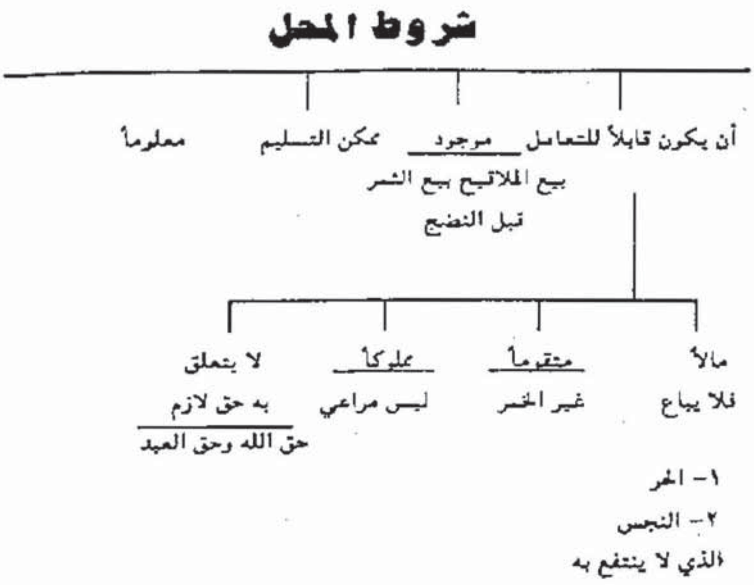
ذكرنا أن أركان العقد ثلاثة :

١-الصيغة.

٢-المحل.

٣-العاقدان.

وقد تكلمنا عن الصيغة، والآن نتكلم عن المحل.




# شروط محلّ العقد

١-أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه شرعاً.
٢-أن يكون موجوداً عند التعاقد.
٣-أن يكون مما يمكن تسليمه.
٤-أن يكون معلوماً للعاقدين.

# ١- قابلية محل العقد للتعامل

## أ- أن يكون مالاً:

١-فلا يجوز أن يكون إنساناً حراً.لا يجوز بيع لبن المرأة الحرة عند الحنفية خلافاً للشافعي.

**٢-أن يكون المحل طاهرا** (فلا يجوز أن يكون نجساً): فلا يجوز بيع النجاسات كالميتة والدم، قال في البدائع ١٤٢/٥ (وأما عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها والانتفاع بها عندنا -الحنفية-، وعند الشافعي لا يجوز بيعها بناء على أن الأشياء طاهرة عندنا وعنده نجسة ، وأما شعر الآدمي وعظمه فلا يجوز بيعه لا لنجاسته لأنه طاهر على الصحيح من الرواية لكن احتراماً له والابتذال بالبيع يشعر بالاهانة.

... وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا بأس ببيع عظم الفيل والانتفاع به، وقال محمد: عظم الفيل نجس لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به)[١]

**٣-أن يكون الشيء منتفعا به:** فلا يجوز بيع الحشرات والغربان والسباع لأنها لا ينتفع بها (لا في الأكل ولا في الصيد ولا في الزينة).

وأما ما فيه نفع يمنع منه الشرع فقد مثل له الفقهاء بآلات اللهو والمعاصي، فقد اعتبروا المنفعة التي ينهى عنها الشرع معدومة شرعاً **(والمعدوم شرعاً كالمعدوم حساً)**، فكأن هذه الأشياء غير منتفع بها فلا يجوز بيعها، ولأن **(ما لا منفعة فيه لا قيمة له، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، وبذل العوض فيه من السفه)**.

**قال النووي في المجموع ٢٥٦/٩** (آلات الملاهي كالمزمار والطنبور وغيرها إن كانت لا تعد بعد الرضى والحلّ مالاً لم يصح بيعها لأنه ليس فيها منفعة شرعاً، وإن كان رضاضها يعد مالاً ففي صحة بيعها خلاف والمذهب البطلان مطلقاً).

---

(١) راجع ابن رشد/ بداية المجتهد ١٢٦/٢.

**وقال الكاساني في (بدائع الصنائع) ٤٤/٥** (ويجوز بيع آلات الملاهي من الطبل والمزمار ونحو ذلك عند أبي حنيفة لكنه يكر وعند أبي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الأشياء لأنها آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد، فلا تكون أموالاً فلا يجو بيعها ... ولو كسرها إنسان ضمن عند أبي حنيفة، وعندهما لا يضمن، وعلى هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج) ورأي الصاحب أحب إلينا وأقرب إلى روح الشريعة.

### ب- أن يكون متقوماً :

وعلى ذلك فلا يجوز التعامل في الأموال غير المتقومة (وهي ما كانت أموالاً عند البعض دون البعض) كالخمر والخنزير فإنه أموال عند أهل الذمة وليست مالاً عند المسلمين.

**جاء في الزيلعي ٤/ ٤٤** (بيع ما ليس بمال عند أحد كالدم والميتة التي ماتت حتف أنفها باطل . وإن كان مالاً عند البعض كالخمر والخنزير فإن هذه الأشياء مال عند أهل الذمة ، فإن بيعت بدين في الذمة فهو باطل، وإن بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض، باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك بالقبض لأنها غير متقومة ، لما أن الشرع أمر بإهانتها ، وفي تملكها بالعقد مقصوداً إعزاز لها فكان باطلاً).

### جـ - أن يكون مملوكا:

فلا يجوز التعامل فيما لا يقبل الملك من الأموال العامة أو المشتركة كالمراعي والمياه والطرقات والأسواق والقنوات، ولا يجوز بيع الطير في الهواء والسمك في الماء.

### د - أن لا يتعلق به حق لازم: والحق إما أن يكون:

**أ-حقا لله:** فلا يجوز التعامل في المساجد بالبيع والرهن، وحقوق الله هي التي فيها حفظ الضروريات الخمسة (النفس ، المال العقل، الدين، النسل، وبعضهم أضاف العرض).

**ولذا قال الفقهاء:** (أن حقوق الله لا يجوز للأفراد التنازل عنها ولا الإبراء منها ولا التصالح عليها، كما أنه ليس لهم أن يتفقوا على ما يخالفه أو يفوته).

وعلى ذلك فإن اتفاقات الأفراد يجب أن لا تفوت حقاً من حقوق الله تعالى وإلا كانت باطلة لا تنتج أثراً.

ولذا يقول فقهاء المسلمين بأن حق الله تعالى: هو الذي يترتب على حفظه وصيانته تحقيق مصلحة عامة للمسلمين.

**وأما حق الفرد:** فهو الذي يترتب على حمايته وحفظه تحقيق مصلحة خاصة بصاحب الحق.

فإقامة الحدود حق الله تعالى، ومن ثم لم يجز للأفراد أن يتنازلوا عنها، في حين أن استيفاء الديون حق العباد، ولذا جاز لصاحب الدين أن يبرئ المدين منه.

## ٢- أن يكون المحل موجوداً عند التعاقد

فلا يجوز بيع اللبن في الضرع، ولا الثمر قبل أن يوجد، ولا بيع الحمل في البطن، فلابد لوجود المحل.

أ- أن يكون المحل موجوداً في الواقع لا في ظن العاقدين. كمن قال بعتك هذا الياقوت فتبين أنه زجاج فالعقد باطل .

ب- أن يكون المحل موجوداً على الصفة التي تم عليها العقد.

فلا يجوز بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون واللحم في الشاة . **(نهى ﷺ عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة)** (١).

---

(١) ٦٨١٤ صحيح الجامع رواه الطبراني. المضامين: ما في أصلاب الفحول. والملاقيح هي الأجنة

مثـــال:

## ١- بيع الثمار والزروع مدركة قبل الإدراك

أي بيعها ناضجة قبل النضوج.

جاء في الحديث الصحيح عن ابن عمر رضي الله عنهما **(نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة)**.

الزهو: البسر الملون (إذا ظهرت الحمرة أو الصفرة في النخل)[1].

**قال ابن قدامة في المغني ٧٤/٣**(لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام:

١-أحدها: أن يشتريها بشرط التبقية، فلا يصح البيع إجماعاً (لأن النبي ﷺ **نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع**)[2] والنهي يقتضي الفساد.

٢- **الثاني**: أن يبيعها بشرط القطع في الحال، فيصح بالإجماع، لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدوث العاهة قبل أخذها بدليل ما روي عن أنس أن النبي ﷺ **(نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو، قال أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه)** [3]. وهذا مأمون فيما يقطع فصح بيعه كما لو بدا صلاحه.

**القسم الثالث**: أن يبيعها ولم يشترط قطعاً ولا تبقية، فالبيع باطل، وبه قال مالك والشافعي، وأجازه أبو حنيفة، لأن إطلاق العقد يقتضي القطع، فهو كما لو اشترطه، ومضى النهي أن يبيعها قبل إدراكها[4].

## ٢- الثمار المتتابعة

الثمار المتتابعة كالبطيخ والقثاء التي تقطف عدة مرات (تخرج بطناً بعد بطن) والباذنجان كذلك إذا باعها بطونا متعددة يبطل العقد.لأن البطن الذي لم يخرج يعتبر معدوماً، وبيع المعدوم لا يجوز.

وقد أجاز المالكية وبعض الحنفية كالحلواني هذا البيع ، وذلك لأن ما لم يخرج تبع لما خرج للضرورة.

**جاء في المغني ٢١٩/٤** (ولا يجوز بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه إلى لقطة لقطة، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ... وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه).

## ٣- بيع الدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون

لا يجيزه الحنفية.

ويجيزه المالكية بشروط ثلاثة:

١-أن يقع العقد على قدر معين لا جزافاً (جملة الزيت في الزيتون أو الدقيق في الحنطة).

٢- أن يكون الخارج من الزيت لا يختلف في العادة.

٣- أن يكون العصر أو الطحن قريباً (قال الخرشي: عشرة أيام).

## التبرع بالمعدوم

التبرع بالمعدوم جائز -عند المالكية-، كأن تقول وهبتك ما تلده هذه البقرة.

**فالقاعدة عندهم**: أن الغرر في التبرعات يجوز وإن كان كثيراً.

(١) رواه مسلم وأبو داود والترمذي انظر صحيح الجامع رقم ٦٨١٥. (٢) متفق عليه.

(٣) رواه البخاري. (٤) (صـ ٢٩٧ المدخل حسين حامد).

ولا يجوز في عقود المعاوضات وإن قلّ، وأما العقود التي لها شبه بالتبرع وشبه بالمعاوضات كالزواج والرهن فإنها تجوز مع الغرر القليل دون الكثير[١]

## ٣- القدرة على التسليم

يجب أن يكون محل العقد مقدوراً عليه في التسليم، والعجز عن التسليم نوعان:

**أ- العجز المطلق (لكل أحد)** كالطير في الهواء والسمك في الماء، وحكم العقد البطلان.

**ب- العجز النسبي (غير مطلق)** أي عجز عن التسليم بالنسبة للبائع أو الراهن، مثلاً كعجز البائع عن تسليم سيارته المغصوبة، ولكن يسلّمها للمشتري بقوة السلطان.

وحكم العقد إما: البطلان، أو: الصحة مع وقف النفاذ.

والاستحالة (العجز) عن التسليم كذلك قسمان :

**١-حسّي:** كالسمك في الماء.

**٢-شرعي:** كبيع جذع في سقف لا يسلّم إلا بهدم السقف.

**وفي الحالتين:العقد باطل عند الفقهاء.**

**إلا عند المالكية:** فإنهم يفرقون في حالة الجذع في السقف بين إمكانية تسليم الجذع بهدم البناء: فالعقد حرام ديانة صحيح قضاء، وبين احتمال تلف الجذع نفسه إذا هدم البناء : فالعقد باطل.

## التبرع بغير المقدور على تسليمه

ذكرنا سابقاً أن المالكية أجازوا التبرع بالمعدوم، وكذلك فهم (المالكية) يجيزون التبرع بغير المقدور على تسليمه، وقد ألحق بعض المالكية العقود التي تدور بين التبرعات والمعاوضات (كالزواج والرهن) بعقود التبرع، أي أجازوها عند عدم القدرة على التسليم.

## ٤- العلم بمحل العقد[٢]

**العلم بمحل العقد:** تعيينه.

**تعيين المحل:** يكون بالعلم به علماً يمنع الجهالة الفاحشة التي تفضي إلى المنازعة، وللعلم بمحل العقد طريقان:

**أ-الرؤية:** فإذا كان محل العقد موجوداً في مجلس العقد فلا بد من الرؤية عند الجمهور، فإذا لم يره المتعاقدان كان العقد باطلاً، وبه قال الشافعية[٣]

**أما المالكية:** فأجازوا الوصف إذا تعذرت الرؤية -الحطاب ٣٨٥/٤. وبعض الفقهاء أجازوا الوصف ولا تلزم الرؤية، بل تكفي الإشارة إليه إذا كان في مكان مستتر، كالحنطة في الكيس، والأمتعة في ظروفها[٤].

**ب- الوصف:** يرى الشافعية أن الوصف في محل العقد غير جائز فلابد من الرؤية .

**أما الجمهور من الحنفية والمالكية والحنبلية:** فيرون جواز العقد إذا كان الوصف دقيقاً ينفي الجهالة الفاحشة.

والمبيع قسمان:

**أ- معين بالذات:** كأن يبيع سيارته وليس عنده غيرها:فيجوز بالوصف الدقيق.

**ب- غير معين بالذات:**

**١-ففي المثليات:** لابد من ذكر: الجنس والنوع والقدر.

---

(١) الخرشي ٢٢٦/٥ المدونة ٢٤١/٥ المنتقى شرح الموطأ ٢٤٢/٥.    (٢) المدخل لحسين حامد ص ٣١١.
(٣) مغني المحتاج ٢١/٢    (٤) الإقناع ٦٥/٢.

**٢- الأشياء المتفاوتة:** لا يجوز البيع بالوصف.

**وأجاز الحنفية:** بيع أحد ثوبين أو ثلاثة مع حق خيار التعين وذلك بالاستحسان وليس بالقياس، ولم يجيزوه في أكثر من ثلاثة.

والذين أجازوا البيع بالوصف :اشترطوا خيار الرؤية سواء طابق المبيع الوصف أو لم يطابق. والبعض الآخر اشترطوه إذا لم يطابق.

والأشياء المثلية هي: **المكيلات والموزونات والمذروعات العدديات المتقاربة.**

- **وقد أجاز بعض الفقهاء** أن يباع الحمام جزافاً في البرج -لا خارجه- في الليل لا في النهار حتى يكون الحمام كله داخل البرج.

**والأحناف:** فرّقوا بين المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة من جهة وبين المذروعات من جهة أخرى.

فإن كان في المذروع زيادة أخذها المشتري دون مقابل، وإن كان في المبيع نقص كان للمشتري الخيار: إن شاء أخذه بكل الثمن وإن شاء تركه.

وذلك كالزيادة في الصفة كمن اشترى سيارة على أن فيها راديو فلم يجد فيها راديو، أو اشترى داراً ليست على شارع فمدت الحكومة بجانبها شارع.

# العاقدان

ذكرنا سابقاً أن أركان العقد هي :

١-الصيغة.

٢-المحل.

٣-العاقدان.

وقد تكلمنا سابقاً عن الصيغة والمحل، والآن نتكلم عن العاقدين.

## العاقد له حالتان:

**أ- إما أن يبرم العقد لنفسه :** فيشترط فيه شرط واحد وهو: الأهلية.

**ب-إما أن يبرم العقد لغيره:** فيشترط فيه شرطان وهما: الأهلية والولاية.

## والولاية أو السلطة المخولة أنواع:

**١-ولاية مصدرها الشرع:** كولاية الأب على ابنه.

**٢-ولاية مصدرها الاتفاق:** كولاية الوكيل في إبرام العقد.

**٣-ولاية مصدرها القضاء:** كولاية وصي القاضي.

# الأهلية

**الأهلية:** هي الصلاحية لغة.

**اصطلاحاً:** الصلاحية لثبوت الحقوق واستعمالها، ووجوب الالتزامات ووفائها. وهي نوعان:

١- **أهلية الوجوب:** صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الالتزامات.

٢- **أهلية الأداء:** صلاحية الإنسان لاستعمال هذه الحقوق وأداء تلك الالتزامات.

## أهلية الوجوب:

صلاحية الإنسان لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الالتزام.

الذمة: محل هذه الحقوق وتلك الالتزامات.

## وأهلية الوجوب قسمان:-

**أ- أهلية وجوب كاملة:** بعد الولادة.

**أهلية وجوب ناقصة:** الجنين قبل الولادة: تثبت له الحقوق ولا تجب عليه الالتزامات.

**تثبت له الحقوق مثل:** العتق، الإرث، الوصية، النسب.

**ولا تجب عليه الالتزامات مثل:** نفقة الأقارب، دية العاقلة في قتل الخطأ[1].

مناط أهلية الوجوب (ناط الشيء علقه، والمناط المكان الذي تتعلق به).

**مناط أهلية الوجوب:** الإنسانية.

**أما الميت فله أهلية وجوب:**

**١-إمّا ناقصة:** على رأي بعض الفقهاء: لأن الحقوق التي كانت ثابتة له قبل الوفاة تستمر حتى تؤدى ديونه وتنفذ وصاياه.

فهذا الرأي يرى أن الميت: لا تثبت له حقوق ولا تجب عليه التزامات .

**٢-والرأي الثاني:** الميت له أهلية وجوب كاملة، لأنه تثبت له الحقوق التي باشر أسبابها في حياته . كنصب شبكة للصيد.

## ما يثبت بأهلية الوجوب:

**١- الجنين:** تثبت للجنين بأهلية الوجوب بعض الحقوق دون بعضها، ولا تلزمه الواجبات مطلقاً.

**٢-الصبي بعد ولادته:** تثبت له الحقوق وتجب عليه الالتزامات، ولكنها الالتزامات التي يصلح لها وهو استطاعته أداءها.

## للصبي بالنسبة للالتزامات حالات:

**١- الالتزامات المالية الخالصة:** تثبت في ذمة الصبي كضمان المتلفات والزكاة على رأي الجمهور خلافاً للحنفية ، ونفـ الأقارب.

**٢-العقوبات:** لا تجب عليه ولا تثبت في ذمته لعدم صلاحية الصبي للعقوبة، لأن العقوبة: جزاء التكليف وهو غير مكلف.

**٣-العبادات:** لا تجب على الصبي لأنه ليس من أهل الأداء لعدم كمال عقله وتمييزه.

ولذا فأهلية الوجوب الكاملة قسمان:

**أ- أهلية وجوب قاصرة:** كالصبي والمرأة والعبد.

**ب- أهلية وجوب تامة:** للإنسان البالغ العاقل الرشيد.

# أهلية الأداء

**هي صلاحية الإنسان لأن تصدر عنه أقوال وأفعال معتبرة شرعاً.**

وهي ثلاثة أنواع:

**أ- أهلية العقوبات :** وهي أهلية الشخص الذي يفعل المحرمات لتلقى العقوبة.

**ب- أهلية العبادات :** وهي أهلية الشخص الذي يفعل الواجبات لتلقى الثواب في الدارين.

**جـ - أهلية التصرفات والمعاملات :** وهي أهلية الشخص الذي يفعل المباحات لإنتاج آثارها.

---

(١) المدخل الفقهي/حسين حامد / صـ ٢٢٧.

وهذه الأنواع الثلاثة تثبت: للعاقل البالغ.

**أما الصبي المميز: أهل للتصرفات** دون العقوبات والعبادات.

## مناط أهلية الأداء : العقل والتمييز.

**علامة العقل** : سن البلوغ.

**علامة التمييز** : سن السابعة/ رأي الحنفية/ أما الجمهور فيرون التمييز بسن البلوغ.

## أنواع أهلية الأداء:

**أ- أهلية الأداء الناقصة:** كالصبي الذي بلغ سبع سنين، والمعتوه الذي لم يذهب عقله، وهذه الأهلية:

**١- لا تكفي في التكليف بالعقوبات.**

**٢-تكفي لصحة العبادات دون وجوبها أو الإلزام بها.** فالعبادة تصح من الصبي المميز ولا تجب عليه.

فالصلاة والصوم والحج ليس واجبة على الصبي المميز، ولكن أداها منه صحيح. فيترتب الثواب في الآخرة دون سقوط الوجوب وبراءة الذمة، فحجة الصبي المميز لا يسقط عنه حجة الإسلام، فإذا بلغ وحج حجة الإسلام يكتب له حجتان.

وترتب الثواب على عبادة الصبي المميز يستلزم أن يكون الشارع قد خاطبه بها خطاب ترغيب أو تخيير.

**والراجح** : أن الصبي المميز لا يتوجه إليه خطاب التكليف بالعبادة مطلقاً (سواء بمعنى الوجوب أو بمعنى التخيير)[1].

**٣- بالنسبة لصحة التصرفات:** يقسم الحنفية التصرفات عامة إلى ثلاثة أقسام :

## تقسيم الحنفية والمالكية للتصرفات بالنسبة للصبي المميز إلى ثلاثة أقسام :

**١-التصرفات النافعة نفعاً محضاً** : كقبول الهبة والصدقة، فهذه تصح منه ويترتب عليها أثرها وهو انتقال الملك إليه.

**٢- التصرفات الضارة ضرراً محضاً:** كالصدقة والطلاق والعتق والوقف تبطل منه لأنه ليس أهلاً لها.

**٣- التصرفات التي تحتمل النفع والضرر:** كالبيع والإجارة، فإنها تصح بإذن الولي قبل إجرائها.

**وقال الحنفية:** الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.

**أما الجمهور:** فيرون أن خطاب التكليف لا يتوجه إلى الصبي المميز مطلقاً، لعدم ثبوت أهلية الخطاب لديه، ولذلك يحكمون ببطلان تصرفاته كلها، لا فرق بين النافع والضار، وما احتمل النفع والضرر.

# أهلية الأداء الكاملة

تثبت للشخص بتمام عقله وكمال تمييزه وذلك بالبلوغ عاقلاً راشداً .

**البلوغ:**

١-بالعلامة: احتلام الصبي وحيض الأنثى.

٢-أ بالسن: الجمهور: خمسة عشر عاماً عند الصبي والأنثى.

أ- في الحديث عن علي وعمر رضي الله عنهما قال ﷺ: **(رُفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم)** [2].

ب- وفي الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما : عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني، وعرضت

---

(١) المدخل الفقهي / حسين حامد ص ٣٢١.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والحاكم صحيح الجامع ٣٥٠٦.

عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني) فقال عمر بن عبد العزيز: إن هذا هو الفرق بين الصغير والكبير[1].

**(فإن آنستم منهم رشداً)** يعني صلاحاً في دينهم وحفظاً لأموالهم، كذا روي عن ابن عباس والحسن البصري وغير واحد م الأئمة. وهكذا قال الفقهاء: إذا بلغ الغلام مصلحاً لدينه وماله انفك الحجر عنه، فيسلم إليه ماله الذي تحت يد وليه[2].

**الحنفية:** ثمانية عشر عاماً للذكر، سبعة عشر عاماً للأنثى.

فإذا بلغ الصبي عاقلاً راشداً يكون له أهلية كاملة، لأن البلوغ علامة كمال العقل والتمييز. ولكن لابد قبل دفع الأموال م الرشد.

## الرشد:

أوجب الله تعالى علينا أن لا نسلم الأموال لليتيم إلا بشرطين:

١-بلوغ النكاح.

٢-الرشد.

**(وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم).**

## تعريف الرشد:

**الرشد عند الجمهور :** هو التصرف في المال على مقتضى العقل .

**والسفه:** إساءة التصرف بالأموال.

**الرشد عند الشافعية:** الصلاح في المال والدين جميعاً .

فالفاسق الذي يتقن التجارة يعتبر سفيها عند الشافعية، لأن فسقه يعدمه الثقة في نفوس الناس فلا يسلم أمواله.

**أما أبو حنيفة:** فيرى أنه إذا بلغ الشخص الخامسة والعشرين فلابد أن تسلم إليه أمواله، ولا يحجر عليه بعد هذا، لأن الح إهدار للآدمية، وحفظ النفس مقدم على حفظ المال.

وكذلك يقول أبو حنيفة:من بلغ راشداً فلا يحجر عليه وإن طرأ عليه سفه وإن كانت سنه دون الخامسة والعشرين.

**سن الرشد :** لم يحدد الفقهاء سناً للرشد.

وحدده القانون الوضعي المصري بسن (٢١) سنة (إحدى وعشرين سنة).

**والبالغ العاقل :** تجعل الشخص صالحاً لخطاب التكليف بجميع أنواعه لأنه تصبح لديه (الأهلية الكاملة للأداء).

**فالبالغ العاقل:** صالح لخطاب العقوبات.

**والبالغ العاقل :** صالح لخطاب العبادات.

ولكن قد يطرأ على البالغ ما يمنع التلازم بين (ثبوت العبادة في الذمة ووجوب أدائها).

**فالمريض:** مخاطب بالصوم ولذا يثبت في ذمته ولكنه غير مخاطب بأدائه أثناء مرضه .

**والنائم والمغمى عليه :** مخاطب بالعبادة فتثبت في ذمته، ولكنه غير مخاطب بأدائها أثناء النوم والإغماء. **هذا هو رأي الحنفية.**

**رأي الجمهور:** هنالك تلازم بين ثبوت العبادة في الذمة وبين أدائها في وقتها.

**فالنائم المغمى عليه:** لا يتوجه إليهما خطاب التكليف ولا تثبت العبادة في ذمته.

**قضاء صلاة النائم والمغمى عليه:** بالخطاب الأول عند الحنفية، وبخطاب جديد عند الجمهور.

## أدوار أهلية الأداء عند الحنفية والمالكية:

**١-منذ الولادة حتى السابعة:** لا أهلية أداء له مطلقاً.

---

(١) مختصر ابن كثير ٣٥٨/١.     (٢) مختصر ابن كثير ١/ ٣٥٨

٢-من السابعة حتى البلوغ: له أهلية أداء ناقصة.

٣-ما بعد البلوغ : له أهلية أداء كاملة.

## عوارض الأهلية[١]:

ذكرنا سابقاً أن الأهلية قسمان:

١-**أهلية الوجوب**: وهذه مناطها الإنسانية: ولذلك مادام الإنسان حياً فإنها تبقى، وبعضهم قال: إنها تستمر بعد الموت لفترة حتى تنفذ الوصايا ويسدّ الدين.

٢-**أهلية الأداء**: وهذه مناطها العقل والتمييز والرشد، وقد يطرأ على العقل أو الرشد ما يستره أو ينقصه أو يذهب به فيؤثر على الأهلية، وهذا الطارئ يسمى عارض الأهلية.

## عوارض الأهلية:

١- العوارض السماوية.

٢-العوارض المكتسبة.

**أولاً**: العوارض السماوية هي العوارض الإلهية التي ليس للإنسان فيها تدخل، وهي خارجة عن قدرة العبد واختياره. وهي عشرة:

١-الصغر .٢-الجنون. ٣-العته. ٤-النسيان. ٥-النوم. ٦-الاغماء. ٧-الرق. ٨-المرض. ٩-الحيض. والنفاس. ١٠-الموت.

# ١- الصغر

ذكرنا سابقاً أن الصغير له أهلية وجوب.

**وأما أهلية الأداء** : فعند الحنفية والمالكية يرون للصبي المميز أهلية أداء ناقصة، وذكرنا أنواع التصرفات وحكمها بالنسبة للصبي المميز. أما الجمهور فيرون أن أهلية الأداء معدومة حتى البلوغ.

# ٢- الجنون

يؤثر في أهلية الأداء فيعدمها بأنواعها الثلاثة:

١- أهلية العقاب.

٢- أهلية العبادة.

٣- أهلية التصرف.

# ٣- النوم والإغماء

النوم والإغماء لا يزيلان العقل ولا ينقصانه، ولكن يمنعان من استعماله، وعلى هذا فإن النوم والإغماء ينفيان الأهلية لخطاب التكليف. وكذلك ينفيان شرطين آخرين من شروط التكليف هما: الاختيار والقدرة على فعل المأمور به.

فلا قدرة للنائم ولا اختيار له أصلاً، لأنه يخل بالتمييز، وتأثير النوم والإغماء كامل بالنسبة لخطاب الجنايات والتصرفات، ولكن تأثيره ناقص بالنسبة لخطاب العبادات، فإنه يجب على النائم والمغمى عليه قضاء العبادات التي فاتته أثناء النوم والإغماء.

**وقال الحنفية**: إن وجوب القضاء وجوب الأداء، وهذا يدل أن العبادة قد ثبتت في ذمة النائم، لأن الثبوت يحتاج فقط إلى أهلية وجوب.

---

(١) المدخل الفقهي / حسين حامد ٣٣٦.

# ٤- النسيان

**النسيان:** أمر يعتري الإنسان بدون اختياره، فيوجب الغفلة عن الحفظ، أو (هو جهل ضروري غير مكتسب بما كان يعلمه مـ علمه بأمور كثيرة لا بآفة).

مع علمه بأمور: احتراز عن النوم والإغماء.

لا بآفة : احتراز عن الجنون.

## تأثير النسيان على أهلية الأداء:

يؤثر على العبادات فتثبت في ذمته، ولكن يطالب بأدائها بعد الذكرى، أما العقوبات والتصرفات فإنه يؤثر عليها ويزيلها .

**قال الحنفية: النسيان قسمان:**

١- **نسيان مع وجود مذكر:** (هذا تقصير من المكلف)، فهذا لا عذر لصاحبه، كمن تكلم في الصلاة تبطل صلاته لأن الصلا مذكر.

٢- **نسيان مع عدم وجود مذكّر** (وهذا عذر لصاحبه) كالأكل أثناء الصوم، فالصوم ليس مذكراً كالصلاة، وكذلك التسمية علم الذبيحة، فالذبح ليس مذكراً بالتسمية.

أما الجمهور فيرون أن العبادة لا تثبت في الذمة أثناء النسيان، ولذا فقضاؤها يكون بأمر جديد.

# كتاب الكفالة

بسم الله الرحمن الرحيم

# الكفالــــــــة

يرد كتاب الكفالة -غالباً- في كتب الفقه بعد كتاب البيع، لأنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري، فيحتاج إلى من يكفله بالثمن وقد لا يطمئن المشتري إلى البائع، فيحتاج إلى من يكفله بالمبيع (في عقد السلم) .

## فضائلها:

إن للكفالة أجرا وثواباً لأنه تفريج كربة من كرب المسلمين، فهي تفريج لكرب البائع الخائف على ماله، وتفريج لكرب المدين الخائف على نفسه، فهي قربة إلى الله، وتنفيس عن المسلمين.

ففي صحيح مسلم عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ **«من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسّر على معسر يسّر الله عليه في الدنيا والآخرة، ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة. والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه ...»**[1].

جاء في الدر المختار[2] (وتركها أحوط ، مكتوب في التوراة الزعامة أولها ملامة وأوسطها ندامة وأخرها غرامة)

## أسماؤهـــا:

الكفالة، الضمان، الحمالة، الزعامة، العبارة.

والرجل الذي يتكفل يسمى: كفيل، ضمين، حميل، زعيم، صبير.

١-فالضامن والضمين : بالمال.

٢-الحميل: بالدية.

٣-الزعيم: بالمال العظيم.

٤-الكفيل: بالنفس.

٥-الصبير: يعم الكل [3] .

هذا ما غلب استعماله في هذه الاصطلاحات، وإلا فإن كل واحد منها يمكن إطلاقه على الكل.

قال ابن حيان: الزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر) [4] .

## معنى الضمان والكفالة لغة:

**الضمين:** الكفيل، ضمن الشيء: وبه ضمنا وضمانا: إذا كفله .

**ضمّنه إياه:** كفّله، ضمنته الشيء: غرّمته.

**ضمّن الشيءَ:** أي أودعه إياه كما تودع الميت القبر وقد تضمنه هو.

**والمضامين:** ما في بطون الحوامل من كل شيء كأنهن تضمنّه.

**(الإمام ضامن والمؤذن مؤتمن):** فالإمام كأنه متكفل لهم بصحة صلاتهم .

ولذا: فالضمان إما: من الضم: لأنه ضم ذمة إلى ذمة .

(١) رياض الصالحين صـ ١٢٥.　　(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٨٣.

(٣) انظر نهاية المحتاج للرملي ٤١٨/٤ . فتح القدير على الهداية ٢٨٢/٦، شرح المجلة لسليم رستم باز ٣٣٣، المغني لابن قدامة ٥٩٠/٤، بداية المجتهد ٢٦١/٢.　　(٤) نصب الراية ٤/ ٦

أو من الضمن: الاحتواء لأن ذمة الضمين تحتوي الحق.

**أما الكفالة:** فهي من كَفِل، وبالفتح أصح، يكفلُ: ضم إلى نفسه شيئا يرعاه (وكفلها زكريا) أي ضمها إليه ليقوم بمصالحها

**والكفل :** كساء يوضع تحت الرجل.

**الكِفْل من الرجال:** الذي في مؤخرة الحرب همه في التأخر والفرار .

**الكِفْل:** المثل (يؤتكم كِفلين من رحمته).

**قال ابن الأنباري:** تكفلت بالشيء: ألزمته نفسي، وأزلت عنه الضيعة والذهاب، وهو مأخوذ من الكِفل: وهو ما يحفظ الراكب من خلفه، **فالكفالة:** تحمي آخر الدَّين. فكأن عاقبة الدين محمية .

**والكَفيل:** الضامن، والأنثى : كفيل أيضا .

**جمع الكافل:** كُفَّل.

**جمع الكفيل:** كُفلاء.

**وسميَّ ذو الكفل بهذا الاسم:** قيل: كفل كل يوم بمائة ركعة فوفى بها، وقيل:لأنه كان يلبس كساء كالكِفل (ما يوضع تحت السرج).

**وقيل :** لأنه كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم.

**وقال الزجاج:** إن ذا الكفل سميَّ بهذا الاسم لأنه تكفل بأمر نبي في أمته فقام بما يجب فيهم[1] .

## الكفالة اصطلاحاً:

عرفها ابن قدامة في المغني[2]: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتهما جميعاً.

وعرفها الرملي في نهاية المحتاج[3] (تطلق على التزام الدين والعين والبدن وعلى العقد المحصل لذلك).

**اعتراض:** وقد أخذ على الحنبلية والشافعية (ابن قدامة، الرملي) أنهم يعتبرون الدين ثابتاً في ذمة المكفول وفي ذمة الكفيل، وهذا يجعل الدين الواحد دينين.

**وقد أجابو على هذا الاعتراض بأجوبة**[4]: ١- إن الدين وإن كان في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما قياساً على الغاصب وغاصب الغاصب، فإن كليهما ضامن للقيمة وليس حق المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما.

٢- اختيار المكفول له (الدائن) تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر .

٣- لو وهب الدين للكفيل صح، ويرجع الكفيل على الأصيل به، مع أن هبة الدين ممن ليس عليه الدين لا تصح.

٤- لو اشترى الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح ويرجع به على الأصيل، والشراء بالدين لا يصح من غير من عليه الدين.

**تعريف الحنفية (الهداية)**[5]: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة. وقيل في الدين، والأول أصح.

وقد رجحوا التعريف الأول ليشمل أنواع الكفالة .

**الذمة لغة:** العهد.

**شرعاً:** محل عهد جرى بينه وبين الله تعالى يوم الميثاق .

وفي البحر الرائق ٢٠٤/٦ (وصف شرعي به الأهلية لوجوب ما له وما عليه)، وفسرها فخر الإسلام : بالرقبة أو النفس.

أو: وصف صار به الإنسان مكلفاً.

**فالذمة:** كالسبب.

**والعقل :** كالشرط .

---

١) أنظر معنى ضمن في لسان العرب ١٣/ ٢٥٩، ومعنى كفل في لسان العرب ٨٨/١١؛ والنهاية في غريب الحديث لابن الأثير ١٩٢/٤.

(٢) المغني ٥٩٠/٤. (٣) نهاية المحتاج/المنهاج ٤١٨/٤. (٤) أنظر شرح المجلة لباز٣٣٤. (٥) فتح القدير/ الهداية ٢٨٢/٦

ثم استعير على القولين للنفس والذات بعلاقة الجزئية والحلول، فقولهم وجب في ذمته أي على نفسه.

**اعتراض:** اعترض على هذا التعريف بأنه لو كانت الكفالة الضم بالمطالبة فقط بدون دين لزم أن لا يؤخذ المال من تركة الكفيل، لأن المطالبة تسقط عنه بموته كالكفيل بالنفس، فإنه لما كان كفيلاً بالمطالبة فقط بطلت الكفالة بموته، مع أنهم صرحوا أن المال يحل بموت الكفيل، وأنه يؤخذ من تركته.

**وفي المجلة** [١] الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء.

## مصطلحات الكفالة

**الكفيل:** هو الذي ضم ذمته إلى ذمة الآخر (أي الذي تعهد بما تعهد به الآخر).

**المكفول له:** هو الطالب والدائن في خصوص الكفالة.

**المكفول عنه (الأصيل):** الذي عليه الدين أصلاً (المطلوب من الدين).

**المكفول به:** هو الشيء الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه. وفي حالة الكفالة بالنفس هو المكفول عنه أيضا لأنه نفس المكفول به.

## أنواع الكفالة

**١-الكفالة بالنفس:** هي الكفالة بشخص واحد.

**٢-الكفالة بالمال:** هي الكفالة بأداء مال.

**٣-الكفالة بالعين:** هي الكفالة بتسليم شيء لمستحقه.

**٤-الكفالة بالدرك:** هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البيع إن استحق المبيع [٢]

## أدلة الكفالة

أدلتها من ١- الكتاب ٢-والسنة ٣- والاجماع.

**١-الدليل من الكتاب:** قوله تعالى في سورة يوسف **(ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)**، قال ابن عباس رضي الله عنهم الزعيم الكفيل.

وذلك باعتبار أن شرع من قبلنا هو شرع لنا كما ذهب إليه الحنفية والحنبلية [٣].

**٢- السنة:**

أ- قوله ﷺ **(الزعيم غارم)** رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن، عن أبي أمامة مرفوعاً **(العارية مؤداة، والمنحة مردودة والدين مقضي، والزعيم غارم)**.

ب- روى الشيخان واللفظ للبخاري عن سلمة بن الأكوع أن النبي ﷺ أتي برجل ليصلي عليه فقال: هل عليه دين؟ **قالوا: نعم** ديناران؟ فقال: ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة؟ إلا أن قام أحدكم فضمنه، فقام أبو قتادة فقال: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه النبي ﷺ، ثم بعد الفتوح قال ﷺ **(من ترك مالاً فلورثته، ومن ترك كلاً فإلينا)** [٤].

**٣- الإجماع:** أجمع المسلمون على جواز الضمان بالجملة واختلفوا في الفروع.

## الكفالة بالنفس (بالبدن)

وهي على وجهين:

أ- أحدهما مؤقتة . ب- الثانية مرسلة.

---

(١) شرح المجلة لباز ٣٣٣ (٢) شرح المجلة لباز ٣٣٤. (٣) أصول الفقه لأبي زهرة ص ٢٠٧.

(٤) كان هذا في بداية الإسلام، فلما فتحت الفتوح قال ﷺ (أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، من خلف مالاً فلورثته، ومن خلف دينا أو كلاً فكله إلي ودينه علي) رواه أحمد وأبو داود عمدة الجامع ٢/١٥.

فالمؤقتة أن يقول: كفلت نفس فلان لك إلى عشرة أيام، فمتى ما أردت أحضرته لك، فإذا مضت العشرة برئ من كفالته.

والمرسلة : أن يقول: كفلت لك بنفس فلان، فمتى ما أردته أحضرته لك، فكان عليه أن يحضره متى أراد.

وتبطل هذه الكفالة من ثلاثة أوجه[1]:

١-أن يموت الكفيل.

٢-أن يموت المكفول له.

٣-أن يموت المكفول به.

أما بالنسبة لموت المكفول له فقد قال التمرتاشي (الدر المختار) [2]: المذهب لا تسقط الكفالة، وبه أخذت المجلة، ويبرأ الكفيل فيها بثلاثة أوجه.

١-أن يحضره الكفيل.

٢-أن يحضره أجنبي لأجله.

٣-أن يحضر المكفول به (عنه) ويسلم نفسه للمكفول له ويقول: سلمت نفسي من جهة الكفيل.

٤- بالابراء: بأن يبرئ المكفول له الكفيل أو الأصيل (براءة الأصيل توجب براءة الكفيل. إذا سقط الأصل سقط الفرع).

## آراء الفقهاء بالكفالة بالنفس

١- يرى جمهور الفقهاء أن الكفالة بالنفس صحيحة، وهذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة والحنبلية [3].

٢- قال داود الظاهري: لا تصح[4]؛ وحجته «معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده».

وكذلك «الكفالة بالحدود لا تجوز) فقياساً عليها..

**وأما الشافعية:** فالمذهب صحة الكفالة بالنفس[5] .

وذهب بعض الشافعية إلى عدم جوازها متمسكين بقول الشافعي «إنها ضعيفة»، وقصده من جهة القياس ، لأن الحر لا يدخل تحت اليد.

قال الخطيب الشربيني في الإقناع/ متن أبي شجاع[6] (والكفالة بالبدن جائزة إذا كان على المكفول به حق لآدمي.

**أدلة الجمهور الذين يجيزون الكفالة بالبدن**

**١- {قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم}.**

٢-عموم قوله ﷺ: (الزعيم غارم).

٣-ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة.

## الكفالة بالحدود

إختلف الفقهاء في الكفالة ببدن الذي عليه حد:

١-ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا كفالة في حد، سواء كان حداً في حق الله تعالى:كالزنا والسرقة، أو كان حداً في حق العبد : كالقصاص والقذف.

وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم: شريح والحسن، وبه قال إسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة [7].

وهذا قول أبي حنيفة فعبارة المرغيناني (لا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله، أما

---

(١) لانتف في الفتاوى لأبي الحسن علي بن الحسين السعدي (ط) الأوقاف العراقية سنة ١٩٧٦ م والنهاية ٤/٤٣٩. (٢) رد المختار لابن عابدين ٤/٢٨٦ والمجلة مادة (٦٦٦) باز صـ ٣٦٧

(٣) المغني لابن قدامة ٤/٦١٤ (٤) بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٢٢. (٥) نهاية المحتاج/المنهاج للرملي ٤/٤٣٢

(٦) الاقناع للشربيني ص ٢٩٠. (٧) المغني لابن قدامة ٤/ ٦١٦. وفتح القدير شرح الهداية لابن الهام ٦/٢٨٥

الصاحبان فقالا: يجبر المهتم على الكفالة في حد القذف والقصاص لأنه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير، وا استدل المرغيناني وابن قدامة بحديث: (**لا كفالة في حد**).

قال ابن الهمام في الفتح ٦/٢٩٥ (**رواه البيهقي** وقال: تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جد وهو من مشايخ بقية المجهولين، ورواه ابن عدي في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به، قال: مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية كما يرو عن سائر المجهولين . ورواياته منكرة[1] .

**٢-أما الشافعية:** فاختلفوا في جوازها أو منعها.

أ- **فبالنسبة للحدود والتي هي حق العبد:** كالقصاص والقذف والتعزير فيجيزون الكفالة فيها لأنها كالمال -وهذا رأ جمهورهم-، وقال بعضهم : لا تصح لأنها مبنية على الدرء، فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسيعها [2] .

ب- **أما الحدود التي هي حق لله** -كالزنا والسرقة والخمر فيمنعونها لأننا مأمورون بسترها والسعي في إسقاطها ما أمك ومعنى تكفل الأنصاري للغامدية بعد اعترافها بالزنا هو القيام بمؤنتها وطعامها، كقوله تعالى (وكفلها زكريا) يرعى مصالحها[3]. وقال الصاحبان بقول الشافعية.

**محل الكفالة بالنفس** (الكفالة بالوجه) : جمهور فقهاء الأمصار متفقون على جواز وقوعها شرعاً إذا كانت بسبب المال.

**ولكن لها شروط:**

١-تعيين المكفول عنه (به)، فلا يجوز أن يقول كفلت أحد هذين الرجلين .

٢-أن يكون على المكفول دين لازم فلا ضمان ببدن مكاتب بالنجوم.

وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لأنهما قد يـ إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف -وإذن وليهما يقوم مقام إذنهما [4] .

## حكم الكفالة بالنفس

المادة (٦٤٢) مجلة: حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به. ففي أي وقت شرط تسليمه فعلى الكفيل إحضـ في ذلك الوقت حالاً بعد طلبه من المكفول له، فإن أحضره فبها ونعمت وإلا يجبر على إحضاره.

## غياب المكفول به (عنه)

إذا غاب المكفول عنه ولا يعرف مكانه فلا يطالب الكفيل بشيء إلا إذا بيّن المكفول له مكانه، فعندها يجبر الكفيل على إحضـ المكفول عنه، ويمهل مدة الذهاب والإياب.

وإذا أبى الكفيل إحضار المكفول عنه:

**١-فعند الحنفية**[5]: يحبس ولا يلزمه المال إلا بالشرط بأن يقول أولاً إن لم أحضره فعليّ ماله.

**٢-أما المالكية**[6]: فقالوا يغرم المال.

**٣-وقال الشافعية**[7]: يقول الحنفية بأن الكفيل يحبس حتى يحضر المكفول عنه أو يدفع الكفيل الدين. فإن دفع الدين ثم حـ المكفول عنه فإنه يسترد ما دفعه إن كان باقيا، وبدله إن تلف، ولكن (لا يطالب كفيل بمال ولا عقوبة).

**٤-قال الحنبلية**[8]: إن كان غائباً أو مرتداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته، ابن شبرمة: يسجن في الحال، فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره، أو امتنـ إحضاره مع إمكانه أخذ بما عليه.

**أما الشافعية فإنهم يقولون**[9]: لايلزم الكفيل شيء إذا:

---

(١) نصب الراية ٤/٥٩ . (٢) نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٣٣. (٣) المغني لابن قدامة ٤/ ٦١٦. والنهاية ٤/٤٣٣ . (٤) المغني ٤/٦١٧ والنهاية ٤/ ٤٣٣.
(٥) باز / مجلة ٦٤٢ صـ ٣٥٢ وابن عابدين ٤/ ٢٨٦. (٦) بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٢٢. (٧) الاقناع للشربيني/ أبو شجاع ١/٢٩١.
(٨) المغني لابن قدامة ٤/٦١٧. (٩) النهاية للرملي ٤/٤٣٧.

صفحة مفقودة

صفحة مفقودة

أن يكون حراً بالغاً عاقلاً ، فتصح كفالة الصبي بالمال والنفس سواء كان مميزاً أو لا، وسواء كان مأذوناً له في التجارة أو لا.

ثم إن كانت الكفالة بأمر الولي «يجبر الصبي على الحضور مع الكفيل إن كانت الكفالة بالنفس، ويرجع الكفيل بما غرم على مال الصبي.

أما إذا لم تكن بأمر الولي فإن كانت بأمر الصبي وكان مأذوناً بالتجارة غير محجور عليه فإن الكفيل يرجع بما غرم على مال الصبي في كفالة المال، ويجبر الصبي على الحضور معه في كفالة النفس وإلا فلا»[1].

**أما معرفة المضمون عنه:** فاشترطها الحنفية ولم يشترطها ابن قدامة الحنبلي فقال: ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن (المكفول له والمكفول عنه) ، **وقال القاضي:** يعتبر معرفتهما، وروى عنه عدم اعتبار معرفة المضمون عنه واعتبار معرفة المضمون له.

**وقال الشافعية :** فيه وجهان أصحهما أنه لا يشترط، وسبب خلافهم قول الشافعي:(ولو ضمن دين ميت بعدما تعرفه وتعرف لمن هو فالضمان في ذلك لازم)، فالضمير في تعرفه (الهاء) ترجع إلى الميت أو إلى الدين، والأصح راجعة إلى الدين، ورجحه أبوبكر الفارسي

## ٢- الركن الثاني: المضمون له

**الشافعية:** قال الرافعي[2] .

١- معرفته:

**أ-في اشتراط معرفته وجهان:** أصحهما: لابد أن يعرف المضمون له، لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء والاستيفاء تشديداً وتسهيلاً .

**ب-في اشتراط رضا المضمون له:** الأكثرون: لا يشترط، لأن الضمان التزام محض ليس موضوعاً على قواعد المعاقدات.

**جـ- اشتراط القبول:** وجهان: الأصح: لا يشترط: وفرقوا بينه وبين سائر التملكات بأن الضمان لا يثبت ملك شيء جديد وإنما يتوثق به الدين الذي كان مملوكاً . وهذا يشكل بالرهن فإنه لا يفيد إلا التوثيق ويعتبر فيه القبول.

-قال الشبراملسي في حاشيته على النهاية للرملي ٤/ ٤٢٤: هل المراد بالرضا هو مجرد عدم الإكراه بأن يقبل مختاراً، أو لابد للاعتداد به من لفظ يدل عليه كرضيت، فيه نظر، والظاهر الأول، لأن القبول مغن عن اللفظ الدال على الرضا.

**الحنفية[3]:** اشترطوا في المكفول له:

١-معرفته (معلوماً) .

٢-وجوده في مجلس العقد . وهو شرط الانعقاد، ويتفرع على هذا (على القبول) شرط ثالث .

٣-لابد من عقله لا حريته. وخالف أبويوسف فقال بعدم اشتراط القبول.

**قال الحنابلة [4]:** ابن قدامة: لا يشترط معرفة المضمون عنه ولا المضمون له .

١-لحديث أبي قتادة: فقد ضمن عمن لا يعرفه لمن لا يعرفه.

٢-لأنه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر

### وإن اختلف الكفيل والمكفول له:

**قول الشافعية:** فقال الكفيل: ضمنت (كفلت) قبل بلوغي . وقال المكفول له: ضمن بعد البلوغ فالقول قول الصبي. لأن الأصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه، وهذا قول الشافعية[5].

---

(١) المذاهب الأربعة ٣/٢٣١.

(٢) فتح العزيز ١٠/٣٥٩ والنهاية للرملي ٤/٤٢٢

(٣) البحر الرائق ٦/٢٠٦

(٤) المغني لابن قدامة ٤/ ٥٩٠-٥٩١.

(٥) أنظر المغني لابن قدامه ٤/٥٩٩، وفتح العزيز ١٠/ ٢٦٠، وكشاف القناع للبهوتي ٣/ ٣٦٦.

وقال الحنبلية القول للمكفول له لأن يدعي سلامة العقد وهو الأصل .

ويجري نفس الخلاف في المجنون الذي عرف عنه جنون سابق إن قال ضمنت أثناء جنوني.

**أما المحجور عليه للفلس:** فيصح ضمانه، لأنه تصرف في ذمته، وهو أهل له، ويتبع به بعد فك الحجر عنه كسائر ديونه بعد الحجر، لأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته.

**الحنابلة:**

١-فأشبه الراهن: فصح تصرفه فيما عدا الرهن.

٢-وكما لو اقترض أو أقر أو اشترى شيئا في ذمته.

هذا رأي الحنبلية[١] أما المالكية فلا يجيزون كفالته[٢] .

**أما الشافعية فقالوا** : ضمانه كشرائه [٣].

جاء في الإقناع/ أبي شجاع[٤]: وتصرف المفلس بعد ضرب الحجر عليه يصح فيما يثبته في ذمته، كأن باع سلماً طعاماً، أو اشترى شيئا بثمن في ذمته. ولا يصح في أعيان ماله.

## الركن الثالث: الكفيل

**الحنفية** [٥]**:** يشترط فيه :

١-العقل: شرط انعقاد: فلا كفالة لمجنون.

٢-البلوغ: شرط انعقاد، فلا كفالة لصبي، فلا يؤاخذ الصبي بكفالته كفلها أثناء صباه بعد البلوغ.

٣- الحرية: شرط نفاذ، فيؤاخذ العبد بكفالته بعد حريته.

٤-: الرضا:الحنبلية: لا يصح الضمان إلا برضا الضامن، فلا يصح ضمان المكره لأنه التزام مال، فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر[٦]

**قال الغزالي في الوجيز**[٧] : ويشترط في الكفيل (الضامن).

١-صحة العبارة .  ٢- أهلية التبرع .

**١-صحة العبارة:** يخرج بها المجنون والصغير والمغمى عليه والمبرسم[٨] الذي يهذي، والأصح أنه لا يجوز ضمان السكران.

أما الأخرس: فيصح ضمانه بالإشارة المفهومة والكتابة.

**٥-أهلية التبرع:**

أ- فيخرج المحجور عليه بالسفه فلا يصح ضمانه ولو أذن الولي (لأن تبرعات المبذر مردودة ولو بإذن الولي).

والتحقيق أن الضمان يكون تبرعاً إذا لم يثبت الرجوع، فإذا ثبت الرجوع فإنه إقراض لا محض تبرع .

قال ابن قدامة: يصح ضمان كل جائز التعرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة، ولا يصح من السفيه المحجور عليه، لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء.

ب- أما كفالة المريض

أ- ففي غير مرض الموت: تصرفاته كلها صحيحة.

ب- **أما في مرض الموت:** قال الحنبلية: حكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلثه، لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه، ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبه الهبة.

---

(١) المغني ٤/٦٠٠. (٢) الفقه على المذاهب الأربعة ٣/٢٢٨.
(٣) فتح العزيز ١٠/٢٦١. (٤) الاقناع ١/٣٧٨.
(٥) البحر الرائق ٦/٢٠٦. (٦) كشاف القناع ٣/٣٦٦.
(٧) فتح العزيز ١٠/٢٦٠. (٨) الذي يخلط في كلامه لعلة فيه.

قال الشافعي: إذا ضمن في مرض بغير إذن من عليه الحق فهو محسوب من ثلثه. وإن ضمن بإذنه فهو محسوب من رأس المال، لأنه: للورثة أن يرجعوا على الأصيل.

جـ -**كفالة المرأة:** اشترط المالكية في المرأة المتزوجة إذا كفلت ألا تكفل في مقدار يزيد عن ثلث مالها بغير إذن زوجها، فإذا تكفلت المرأة بشيء أكثر من ثلث مالها فلزوجها الحق في رد الكفالة في الجميع [١].

**الشرطان في المريض والمرأة شرطا نفاذ لا شرطا صحة.**

٦- **الحرية:** شرط نفاذ وقد ذكر من قبل.

# شرائط المكفول به

١- أن يكون مضموناً على الأجل ديناً أو عيناً أو نفساً أو فعلاً. ولكن في حالة العين أن تكون مضمونة لنفسها [٢].

ولا تصح الكفالة بالأمانات كالعين المستعارة ، والعين المودعة، وكذا مال المضاربة والشركة، ولكن تجوز الكفالة في هذه الأحوال بحيث يضمن قيمتها له إذا فقدت بسبب تعد أو تفريط في المحافظة عليها.

٢-أن تكون مقدورة التسليم من الكفيل فلا تجوز بالحدود ولا بالقصاص [٣].

٣- أن يكون الدين لازماً فلا يجوز ببدل الكتابة ومن ذلك نفقة [٤] فلا يجوز ضمان نفقة الزوجة قبل القضاء بها أو المُضي، -شافعية-، ويصح ضمان مهر المرأة قبل الدخول (ولو غير مستقر)، ويصح ضمان الثمن للبائع في مدة الخيار للمشتري على الأصح عند الشافعية [٥].

٤-أن يكون معلوماً: لا يشترط الحنفية كونه معلوماً [٦].

**قال ابن نجيم:** وصحتها بالإجماع. وصحت مع جهالة المال لبنائها على التوسع، ولذا جاز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام، ويدل عليه إجماعهم على صحتها بالدرك، مع أنه لا يعلم كم يستحق من المبيع كله أو بعضه.

**وقال الشافعية:** يشترط أن يكون معلوماً في الجديد: لأن إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد فلم يصح مع الجهل كالثمن

**قال البهوتي في كشاف القناع ٣/ ٣٦٧ (الحنبلية) :**

ولا يشترط كونه حقاً معلوماً ولا واجباً إذا كان مآله إلى العلم والوجوب.

غير معلوم : ضمنت لك ما على فلان -صح- مع جهله المقدار لأنه كالإقرار.

غير واجب الآن: ضمنت لك ما تداينه به -صح- لأنه يؤول إلى الوجوب.

# ضمان السوق

أن يضمن ما يلزم التاجر من دين وما يقبضه من عين مضمونة وهو جائز عند أكثر العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد.

# الكفالة بالدرك

جاء في البحر الرائق (٢١٧٦) وهذا ضمان الدرك، والدرك لغة بفتح وسكون الراء اسم من أدركت الشيء، ومنه ضمان الدرك.

واصطلاحاً : الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع، قال النووي أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو مأخوذاً بشفعة أو معيبا أو ناقصاً وزناً أو صفة.

وفي البزازية من آخر الدعوى في فصل الاستحقاق

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة / الجزيري ٢/٢٦٧. (٢) البحر الرائق ٦/٢٠٦

(٣) المصدر السابق. (٤) المصدر السابق.

(٥) نهاية المحتاج ١/ ٤٢٨. (٦) البحر الرائق

وإن استحق المبيع وله كفيل بالدرك لا يرجع على الكفيل ما لم يجب على البائع ، فبعده هو بالخيار، ولا يرجع على الكفيل بقيمة الغرس والبناء، وأجمعوا أنه لو ظهر المبيع حراً كان له أن يخاصم أيهما شاء.

## ضمان الدرك أقسام :

**١-ضمان للمشتري** : بأن يضمن له الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو مأخوذا بشفعة أو ناقصاً (وزنا أو صفة) .

**٢-ضمان للبائع**: بأن يضمن له المبيع بعد قبض المشتري له إن خرج الثمن المعين مستحقاً.

**٣- ضمان للمستأجر أو الأجير**:الضمان للمستاجر : بأن يضمن له درك الأجرة إذا خرج المستاجر مستحقاً.

**متعلق الضمان في الدرك: هو:**

١-عين المبيع.

٢-الثمن: إن بقي وسهل رده وبدله أي قيمته إن عسر رده للحيلولة، ومثل المثل، وقيمة المتقوم وتعلقه بالبدل أظهر، لأنه على غير قاعدة ضمان الأعيان.

# الكفالة بالمال

الكفالة بالمال جائزة باتفاق، واشترطوا في المال:

١-أن يكون ديناً لازماً ولا يشترط أن يكون ثابتاً (مستقراً)، فيجوز الكفالة بالمهر قبل الدخول مع أنه غير مستقر، ولو في المال: كالجعل، أما الكفالة ببدل النجوم فإنه غير لازم.

٢-المعلومية [١] .

# حضور الضامن والمضمون

إتفق الفقهاء أنه إذا عدم المضمون أو غاب أن الضامن غارم، واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر [٢] .

١-يطالب أيهما شاء: وقال به الشافعية والحنفية وأحمد وإسحق والأوزاعي والثوري.

جاء في نهاية المحتاج ٤/٤٤٣ (وللمستحق: الطالب وورثته مطالبة الضامن وضامنه والأصيل اجتماعاً وانفراداً وتوزيعاً بأن يطالب كلاً ببعض الدين لبقاء الدين على الأصيل ، فالضمان كفرض الكفاية يتعلق بالكل ويسقط بفعل البعض).

كشاف القناع ٣/ ٣٧٣ (وللمضمون له مطالبة الضامن والأصيل).

٢-لا يطالب الكفيل بحضور الأصيل: قول لمالك (الأخير)[٣] ، وقول آخر له مثل الجمهور .

٣-قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة: الحمالة والكفالة واحدة، ومن ضمن عن رجل مالاً لزمه وبرئ المضمون، فالضمان عندهم كالحوالة.

**وحجة الجمهور**: حديث قبيصة المخارقي (... إن المسألة لا تحل إلا في إحدى ثلاث: رجلٌ تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ...).

**ووجه الدلالة** من هذا أن النبي ﷺ أباح المسألة للتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه.

## رأي الحنبلية في قضاء الضامن الدين[٤] :

يرى الحنبلية أن الدين على قسمين:

**١-دين يحتاج إلى نية** -دين الله كالزكاة والنذر، فلا يرجع المؤدي (الدافع) على المدين بشيء ولو نوى الرجوع على المدين، لأن

---

(١) انظر قبل صفحتين. (٢) بداية المجتهد ٢/ ٢٢٣.
(٣) بلغة السالك ٢/١٥٨. (٤) كشاف القناع ٣/٣٧١.

المدين لا يبرأ .

**٢-دين لا يحتاج قضاؤه إلى نية من المدين.**

فإذا أداه الضامن فله حالات:

أ-إن أداه الضامن ينوي الرجوع فإنه يرجع، لأنه قضاء مبرئ من دين واجب، فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ولو كان الضمان بغير إذن المضمون عنه.

ب- إن أداه الضامن متبرعاً لا يرجع سواء ضمن بإذنه أو بغير إذنه .

جـ- إن لم ينو الضامن رجوعاً ولا تبرعاً بل ذهل لا يرجع .

وهذه الحالات كذلك هي: حكم من أدى عن غيره ديناً واجباً سواء كان أجنبياً أو كفيلاً.

### كيفية رجوع الضامن على المدين (المكفول عنه) :

**لا رجوع له إلا باقرار من المدين أو بينة، وإن أنكر المضمون له (الدائن) سداد الدين من الضامن فلا رجوع له على المدين إلا إذا كان قضاء الدين من الضامن بحضرة المدين (المكفول عنه).**

# حكم الكفالة بالمال

## دفع الكفيل المال عن المضمون عنه

يثبت بالكفالة مطالبة الكفيل بما على الأصيل، فإن كان الكفيل واحداً طولب بالدين كله، وإن كانا اثنين طولب كل واحد منهما بالنصف، وهذا الرأي الراجح عند الشافعية، وبه قطع أبو حامد، وقال به الماوردي والروياني والغصهوي والأذرعي [١].

فإن كفل بأمر المكفول عنه رجع عليه بما دفع (يرجع الضامن على المدين بما أدى عنه): هذا رأي الشافعية والحنفية [٢].

فإن كان مثلياً رجع بالمثل بأن دفع عنه خمس حقائب يأخذ مثلها لا قيمتها -ان كان من جنس الدين ، أي الدين حقائب-.

أما إن كان من غير جنسه فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المقوم، وإذا صالح الكفيل على الدين فإنه يرجع بالأقل (من الدين ومن قيمة ما صالح به حيث كان مقوماً عن عين كما صالح بثوب أو قطعة أرض عن دنانير)، فإن صالح بمثلي رجع بالأقل من الدين أو مثل المثلي.

فإن صالح بأجود أو أدنى حيث جاز رجع بالأدنى.

ولو صالح بأقل من الدين رجع به.

ولو صالح بأكثر من الدين رجع بالدين

ولو صالح بمقوم عن مقوم غير جنسه رجع بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به.

**قال النووي** [٣]: ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن وليس أبا ولا جداً فلا رجوع له لتبرعه.

ولو أفلس الأصيل فطلب الكفيل بيع ماله أولاً أجيب إن ضمن بإذنه.

# موت الضامن أو المضمون قبل حلول أجل الدين

**١- قال الشافعية** [٤]: ولو مات أحدهما أو استرق والدين مؤجل حل عليه لخراب ذمته دون الآخر ، فإن كان الميت الأصيل وله تركة فللضامن مطالبة المستحق بأن يأخذ منها أو يبرئه لاحتمال تلفها فلا يجد مرجعاً إذا غرم.

وإن كان الميت الضامن وأخذ الطالب الدين من تركته ليس لورثته الرجوع على الأصيل إلا بحلول الأجل /هذا رأي الشافعية.

**٢- قال الحنبلية** [٥]: إن مات أحدهما لا يحل الأجل، لأن الأجل حقهما فلا يبطل بموت أحدهما كسائر حقوقه.

وكذلك إن ماتا معاً لا يحل الأجل، ولكن بشرط أن يقدم الورثة وثيقة رهن يحرز أو كفيل مليء بأقل الأمرين (الدين أو التركة).

---

(١) نهاية ٤/٤٤٤ (٢) نهاية المحتاج ٤/ ٤٤٨ والبحر الرائق ٦/٢٢٣.

(٣) نهاية المحتاج ٤/٤٤٨. (٤) النهاية ٤/٤٤٥. (٥)الكشاف ٣/٣٧٤

قضاء الضامن الدين قبل حلول الأجل[١] .

لا يرجع الضامن على المدين (المكفول عنه) إلا بعد حلول الأجل.

## الصيغة

المالكية ٣/٢٣٠: يشترط في الصيغة أن تدل على الحفظ والحياطة عرفاً، مثل قوله:

أنا حميل بفلان، أو زعيم أو كفيل أو قبيل، أو هو لك عندي، أو عليّ أو إليّ أو قبلي، أو أنا قبيل به أو أذين أو عوين أو صبير أو كوين، فهذه ألفاظ كلها ينعقد بها الضمان.

فيجوز معلقاً كقولك: إن حلفت أن لك عليه دين ضمنته، فإنه يلزمه الضمان إذا حلف[٢] .

قال الحنفية [٣]: يشترط أن لا تكون معلقة على شرط غير موافق للكفالة، كأن يقول له: أكفل لك مالك على فلان من دين إن نزل المطر أو هبت الريح، فمثل هذه الصيغة لا تصح بها الكفالة لأنها معلقة على شرط غير محقق الوقوع، والغرض من الكفالة التأكيد، فهذا الشرط لا يناسبها.

**أما المعلقة على شرط مرافق فهي صحيحة، ويكون الشرط مرافقاً للكفالة في حالات ثلاث:**

١-أن يكون الشرط سبباً للزوم الحق كأن يقول له أكفل لك هذه السلعة المبيعة إن ظهر أنها ملك لغير بائعها.

فالشرط هنا وهو ظهور كون المبيع ليس ملكاً للبائع سبباً للزوم الحق المكفول به وهو وجوب الثمن للبائع على المشتري.

**ومثال ذلك:** أكفل لك السلعة المودعة عند فلان -إن أنكرها- .

بخلاف ما إذا قال: ضع الإسمنت هنا فإن ابتل بالمطر فأنا ضامن .

٢-أن يكون سبباً في سهولة تمكن الكفيل من استيفاء المال من الأصيل **كقوله:** إن قدم زيد (المدين) فعليّ ما عليه من الدين، فتصح الكفالة إن كان زيد مديناً أو مضارباً أو غاصباً، أما لو قال : ضمنت لك ما على زيد عند حضور عمرو من سفره لأن عمرو أجنبي بالنسبة للدين فلا يصح التعليق على حضوره .

٣-أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء نحو:إن غاب زيد عن البلد فعليّ . فالشرط وهو غياب زيد سبب لتعذر الاستيفاء فيصح أن يكفله فيه.

**وملخص الأمر:** أن تعليق الكفالة بالشرط صحيح إذا لم يترتب على ذلك إخلال بعقد الكفالة وهو (توثيق الدين)، فإذا كان الشرط من الأمور ليست محققة الوقوع فإنه لا يصح.

## الأجل في الكفالة

ومثل ذلك إذا أجل الكفالة إلى أجل مجهول جهالة شديدة كما إذا قال له: أكفل لك نفس زيد عند هبوب الريح أو نزول المطر، وفي هذه الحالة تثبت الكفالة ويبطل الأجل.

**أما الجهالة اليسيرة:** بأن قال كفلت لك زيداً إلى الحصاد، أو إلى موسم النيروز ونحو ذلك، فإنه يصح وثبتت الكفالة والأجل.

**واشترط الشافعية في الصيغة شرطين:**

١-أن يشعر لفظها بالالتزام.

٢-أن لا تكون معلقة ولا مؤقتة.

قال الغزالي في الوجيز[٤] (ولو علق الكفالة بالبدن بمجيء الشهر أو بوقت الحصاد ففيه خلاف لأنه بني على المصلحة ، ولا يجوز تعليق الإبراء كما لا يجوز تعليق ضمان المال ولونجز كفالة كفالة البدن، وشرط التأخير في الاحضار جاز للحاجة).

(١)الكشاف ٣/٣٧٤.    (٢) بلغة السالك ٢/١٥٦.
(٣) المذاهب الأربعة ٣/ ٢٣٣.    (٤) المجموع ١٠/٣٨١.

سبب امتناع التعليق في العقود المشتملة على الإيجاب والقبول خروج الخطاب والجواب بسببه عن نظمه اللائق بهما، فإذا لم يشترط فيه القبول كان بمثابة الطلاق والعتاق.

فإذا قال: أنا ضامن مال فلان شهراً، لا يصح، أو قال: إذا جاء الغد ضمنتك، لا يصح.

**الحنبلية/**[١] يصح الضمان بأي لفظ يشعر بالضمان أو الالتزام عرفاً، ويصح الضمان باللفظ المعلق والمؤقت.

فإن قال ضمنت لك فلاناً إن أعطيته كذا، يصح.

**ويصح التوقيت:** إن جاء رأس الشهر فأنا ضامن لفلان.

# الحوَالة

في الصحيحين (**مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مَلِيء فليتبع**) [٢].

وفي الصحيح عند ابن ماجه (**مطل الغني ظلم، وإذا أحلت على مليء فاتبعه**) ٥٧٥٢.

وفي رواية البيهقي ( **وإذا احيل احدكم على مليء فليتحل**) .

واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة[٣].

المطل: إطالة المدافعة.

ويستفاد من الحديث أن الامتناع عن الدفع مرة أو مرتين ليس ظلماً وإن كان عاصياً فإنه لا يفسق بذلك[٤].

مجرد الامتناع عن الدفع صغيرة، وقال السبكي يفسق بمرة واحدة فهو كبيرة.

**قال الخطابي:** فليتبع: أصحاب الحديث يقولون بالتشديد، وهو غلط، وصوابه فليتبع بتاء ساكنة خفيفة.

والأمر هنا للاستحباب وقال أحمد بالوجوب[٥] .

## أطرافها :

لزيد على محمد (١٠٠) دينار، فقال محمد لزيد أحلتك على خالد .

محمد: محيل.

زيد: محال ، محتال.

خالد: محال عليه، محتال عليه.

المال: محال به.

## تعريفها:

١-**قال الشافعية في الأصح:** بيع دين بدين -جوز للحاجة-، لأن كلاً ملك بها ما لم يملكه قبل. فكأن المحيل باع المحتال ماله في ذمة المحال عليه، أي الغالب عليها، ومعنى كونها بيعاً صحة الإقالة فيها، ومنع الرافعي الإقالة فيها.

وقوله (بيع دين بدين) لابد من الإيجاب والقبول.

وقد أخذ على هذا التعريف **أنها:** لو كانت بيعاً :

١-لما جاز قبل التفرق قبل القبض، **لأنه** بيع مال الربا بجنسه (المطعومات والنقود)، والرد: جاز رخصة التأخير والرد جوز للحاجة.

٢-لما جاز التأخير رخصة.

٣-ولجازت بين جنسين.

٤-ولجازت بلفظ البيع.

(١) المذاهب الأربعة ٢/٢٣٧. (٢) صحيح الجامع ٥٧٥١ - ٥/٣٠٨. (٣) المغني ١/٥٧٦ (٤) النهاية للرملي ٤/٤٠٨. (٥) فتح العزيز ١٠/ ٣٣٧

٥-ولجازت الزيادة والنقصان.

**والرد:** أنها ليست عقد مماكسة فهي كالقرض[١] .

## تعريف الحنبلية:

**قال ابن قدامة**[٢]: واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة .

وقد قيل أنها بيع. والأصح: أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره/ وهذا قول البهوتي في الكشاف ٣/٣٨٣.

وقد أورد ابن قدامة الاعتراضات (على تعريف بيع) وهي نفس الاعتراضات على تعريف الشافعية.

**قال ابن قدامة:** إن لفظها يشعر بالتحول لا بالبيع، ولذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد.

**المالكية** [٣] : صرف دين عن ذمة المدين بمثله إلى ذمة أخرى تبرأ بها الذمة الأولى.

**الحنفية:** ابن الهمام في فتح القدير ٦/٣١٦ (نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم)[٤](نقل الدين من ذمة إلى ذمة).

**قال أبو يوسف :** نقل المطالبة والدين.

**قال محمد :** نقل المطالبة فقط [٥].

**أ- ويستشهد لقول أبي يوسف : الإجماع:** أن المحتال لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح. ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح ولولا انتقاله إلى ذمة المحال عليه لما صح الأول ولصح الثاني.

**ب- ويستشهد لقول محمد:**

١- الاجماع: أن المحيل إذا قضى دين الطالب بعد الحوالة قبل أن يؤدي المحتال عليه لا يكون متطوعاً ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين لكان متطوعاً.

٢-لو أبرأ المحتال المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده، ولو وهبه منه ارتد ، كما لو أبرأ الطالب الكفيل أو وهبه منه، انتقل إلى ذمة المحال عليه لما اختلف حكم الإبراء والهبة.

٣-لو أبرأ المحتال المحال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهب الدين منه فله الرجوع إذا لم يكن للمحيل عليه دين، كان له عليه دين يلتقيان قصاصاً كما في الكفالة.

فدلت هذه الأحكام على التسوية بين الكفالة والحوالة، هكذا قرره في البدائع ولم يرجح.

وفي فتح القدير المصحح من المذهب أنها توجب البراءة من الدين .

**فائدة الخلاف بين أبي يوسف ومحمد:**

تظهر فائدة الخلاف في مسألتين:

**١-الراهن:** إذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف وكذا لو أبرأه.

وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن.

**٢-إذا أبرأ** الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف، لأنه برئ بالحوالة، وعند محمد يصح ويبرئ المحيل.

## الاعتراضات التي ترد على تعريف أبي يوسف[٦].

نقل الدين من ذمة إلى ذمة:

١-التعريف لا يصدق على الحوالة المقيدة بالوديعة، إذ ليس فيها دين انتقل إلى المحال عليه .

٢-عود الدين بالتوى ولو انتقل الدين لم يعد.

**الجواب:** لأنها نقل مؤقت لا مؤبد، وإنما برئ بشرط السلامة للمحتال، فحيث توي المال لم يوجد الشرط.

---

(١) الرملي ٤/٨٠١، فتح العزيز ١٠/٢٨٣.   (٢) المغني ٤/٥٧٦.   (٣) بلغة السالك ٢/١٥٦.

(٤، ٥) البحر الرائق ٦/٢٤٤ .   (٦) البحر الرائق ٦/٢٤٦.

٣-جبر المحال على قبول الدين من المحيل بعدها، ولو انتقل لم يجبر.

**الجواب:** ليستفيد المحيل البراءة المؤبدة.

٤-قسمة الدين بين غرماء المحيل بعد موته قبل قبض المحتال، ولو انتقل لاختص به المحال.

**الجواب:** لأن المحتال لم يملك الدين بالحوالة، إذ يلزم عليه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وهو لا يجوز، وإنما ملك المطالبة، فإذا قبضه ملكه.

٥- إن إبراء المحتال المحال عليه لا يرتد بالرد ولو انتقل إليه لارتد.

٦-أن توكيل المحال المحيل بالقبض من المحال عليه غير صحيح، ولو انتقل من ذمة المحيل لصح لكونه أجنبياً.

**الجواب:** لكون المحيل يعمل لنفسه ليستفيد الإبراء المؤبد.

٧-إن المحتال لو وهب الدين للمحال عليه كان له أن يرجع على المحيل، ولو انتقل الدين إلى المحال عليه لكانت الهبة إبراء فلا رجوع.

الفرق بين الهبة والإبراء في الرجوع وعدمه أن الإبراء إسقاط والهبة من أسباب الملك.

٨- أنها تفسخ بالفسخ ولو سقط الدين لم يعد.

**الجواب:** لأن الدين لم يسقط بالكلية لأنها توجب الإبراء المؤبد.

٩-عدم سقوط حق حبس المبيع إذا أحاله المشتري.

**الجواب:** لأن المطالبة باقية، ولذا لو كان المحيل هو البائع بكل حقه في الحبس لأن مطالبته سقطت.

١٠-كذلك الرهن -عدم سقوط حق حبس الرهن إذا أحاله المشتري.

**الجواب :** المرتهن إذا أحال غريمه على الراهن بكل حقه في حبس الرهن.

## والحقيقة

إن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين، إذ الحوالة مبنية على النقل، وقد أضيف إلى الدين.

**واعتبار المعنى:** يوجب تحويل المطالبة، لأن الحوالة تأجيل معنى، ألا ترى أن المحتال عليه إذا مات مفلساً يعود الدين إلى ذمة لحيل -وهذا هو معني التأجيل، فاعتبر المعنى في بعض الأحكام. واعتبر حقيقة اللفظ في بعضها.

## شروط صحة الحوالة

١-تماثل الحقين: أ-الجنس ب- الصيغة جـ- الحلول والتأجيل .

٢-أن تكون على دين مستقر: ولذا لا تصح الحوالة بالسلم (لا به ولا عليه )، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه يعرض الفسخ لانقطاع السلم فيه.

ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه. والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه.

---

ملاحظة: هذا الكتاب (نظرية العقد والكفالة) مذكرتان منفصلتان كل على حده خطها الإمام الشهيد عبدالله عزام -رحمه الله- كمادة دراسية كانت تلقى على طلبة الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام أباد.

المذكرة الأولى كانت تحت اسم (نظرية العقد) والثانية تحت اسم (نظرية الكفالة).

وضمن أهداف مركز الشهيد عزام الإعلامي -في نشر ما خطه الشهيد بيده وما قاله بلسانه- قمنا بضم المذكرتين لبعضهما البعض وأسمينا الكتاب (نظرية العقد والكفالة) سائلين المولى عز وجل أن ينفع بهذا العلم وأن تجد هذه الكتب طريقها إلى قلوب المسلمين في كل مكان. (الناشر).